



PROFILI PUBBLICISTICI DELLA FAMIGLIA

GIAN PAOLO CIRILLO

1. Il tema della esatta collocazione del diritto di famiglia, ossia di una sua possibile qualificazione pubblicistica, ha sempre appassionato gli studiosi del diritto civile, se non altro per indurli ad affermarne in modo definitivo il carattere privato; soprattutto dopo aver riscontrato che la famiglia nucleare di oggi, trasformata da luogo del lavoro e della produzione in luogo di consumo (Alpa), ha cessato di svolgere quella funzione politica propria di altre civiltà, dove la famiglia costituiva il primo autoreferenziale nucleo del tessuto sociale e politico.

Tale originaria funzione, che peraltro permane anche oggi, è alla base della formula adoperata dall'art. 29 della Costituzione, laddove, pur facendo riferimento alla “società naturale”, esclude sicuramente possibili interpretazioni in chiave giusnaturalistica, poiché la famiglia si muove nella storia degli uomini e il concetto che ne deriva cambia a seconda delle diverse culture che si registrano nel tempo e nelle varie latitudini del globo. Sicché, “società naturale”, come oramai tutti sanno, vuol significare che essa è la più elementare forma di aggregazione umana, che, non solo si è formata prima della comunità statale, ma addirittura prima della nascita del diritto privato, anzi in un certo senso può essere anche vista come la più antica fonte di produzione di esso, che è il primo degli ordinamenti giuridici.

Come viene sottolineato dalla dottrina migliore, la formula della Costituzione vuole anche indicare che la famiglia non ha solamente una dimensione giuridica e il diritto positivo deve rispettarne “l'autonomia e l'ordine interno contro le tentazioni autoritarie d'interventi esterni, e tuttavia non ne rimette la disciplina ad ordinamenti al di fuori dello Stato, radicati nella religione o nel costume o nelle particolari tradizioni di gruppi o di luoghi” (Rescigno). Sicché, lo Stato e il suo ordinamento in questo caso svolgono un indubbio ruolo di garanzia affinché anche altri gruppi che vivono al suo interno rispettino, parimenti, la famiglia così come ci viene consegnata dalla tradizione storico-giuridica, e con le sue potenzialità di autonomo sviluppo.

2. A voler tentare le pur sempre fastidiose classificazioni, gli orientamenti che si registrano nella definizione del rapporto famiglia-Stato sono sostanzialmente tre: il primo, che, laddove assegna alla formula famiglia-società naturale il significato di un'entità a sé stante, impenetrabile ad ogni ingerenza statale, finisce col privare di ogni contenuto le norme della Costituzione e, restaurando così l'ordinamento previgente, finisce con affermare che la famiglia non può che essere quella fondata sul matrimonio, che i figli legittimi hanno una posizione privilegiata rispetto a quelli



nati fuori dal matrimonio e che la donna non può che avere un ruolo ancillare; il secondo, più sensibile ai valori posti dalla Costituzione assegna alle espressioni da essa usate una prospettiva storicistica e, pur riconoscendo libertà e autonomia ai membri della famiglia, non nega che essa è destinataria di direttive statali, che esaltano e tutelano i cosiddetti diritti familiari. La famiglia non è un ente che trascende i singoli e non è depositaria di valori metafisici di ordine superiore, imponendo un modello autoritario; il terzo orientamento, pur prendendo atto che la Costituzione attribuisce alla famiglia legittima una posizione privilegiata e all'unione matrimoniale un ruolo di garanzia certezza e stabilità dei rapporti, non esclude che le garanzie possano essere estese anche alla famiglia di fatto, che rimane anch'essa una “formazione sociale” nella quale i componenti possono svolgere la propria personalità. Il rispetto della dignità e della personalità dei singoli trova conferma nella disposizione dell'articolo 29, secondo comma, della Costituzione, laddove rimuove gli ostacoli che una secolare tradizione aveva opposto alla parità dei coniugi.

3. La pur doverosa adesione a quest'ultimo indirizzo comporta il doversi spiegare il sistema in termini esclusivamente civilistici, ossia il diritto di famiglia appartiene al diritto privato poiché diretto a regolare comuni rapporti dei consociati; i diritti di famiglia tutelano gli interessi familiari della persona quale parte della comunità familiare; gli *status* familiari, pur costituendo il titolo di una serie di specifici diritti poteri e doveri, sono essi stessi oggetto di un diritto assoluto della persona posto a tutela della sua posizione nella famiglia nucleare; i diritti di libertà e di solidarietà familiare, che affiancano gli *status*, trovano radice nel bisogno della famiglia visto come interesse essenziale della persona, rispetto al quale nessuna interferenza dello Stato è consentita in nome di presunti interessi pubblici; i diritti di famiglia, pur potendo avere contenuto economico, hanno natura non patrimoniale e i negozi giuridici familiari hanno causa in un interesse familiare, che impedisce la loro riconduzione alla categoria dei contratti.

Tuttavia, tale lettura del sistema, di cui si sono passati rapidamente in rassegna gli snodi fondamentali, lascia un certo sapore di insoddisfazione e di incompiutezza, laddove nell'ordinamento familiare si registra comunque la presenza di istituti tecniche e strumenti di tutela propri del diritto amministrativo.

Vediamone il profilo di qualcuno.

I più significativi sono: “l'ufficio” di diritto privato, alla base della cui creazione vi è sempre una ragione di pubblico interesse, anche se poi il titolare usa lo strumentario civilistico; la potestà, il diritto potestativo, gli *status* e le relative azioni, quali tipiche situazioni soggettive del diritto amministrativo, in quanto (almeno quest'ultimi) definiscono il permanente rapporto con la comunità statale, mentre i primi presuppongono l'esercizio unilaterale del potere; l'indisponibilità dei diritti e delle posizioni familiari; l'uso largo delle nullità a presidio dell'attività negoziale familiare, alla cui base pure vi è l'esigenza pubblicistica al controllo dell'attività



negoziale nei rapporti familiari; il concorso della volontà dell'ufficiale celebrante nella produzione degli effetti del matrimonio, ma più ancora nella creazione dello *status* coniugale, valevole nella comunità statale piuttosto che nei rapporti interfamiliari; la fase della trascrizione del matrimonio negli uffici dello stato civile; l'interesse della collettività alle certezze legali di cui sono dotati i certificati relativi ai vari *status* familiari, che sono una tipica manifestazione della sovranità statale; il ruolo delle strutture sanitarie nella procreazione artificiale; l'interesse legittimo e attuale, quale situazione soggettiva necessaria per radicare la legittimazione ad impugnare il matrimonio nullo (art. 117 c.c.); l'uso delle clausole generali, che fornisce una maggiore larghezza interpretativa (discrezionalità) al giudice, che da più parti si sarebbe voluto specializzato, proprio nel senso di farne il compositore di interessi singolari e collettivi, più che il rigido applicatore della legge; la famiglia come possibile soggetto d'imposta e le esenzioni-detrazioni nel calcolo dell'imponibile, quando trovano ragione nei rapporti familiari; i pubblici registri dello stato civile e la prova privilegiata derivante dalla certificazione delle amministrazioni pubbliche; la presenza del pubblico ministero, portatore di interessi pubblici, in molti procedimenti giurisdizionali; i procedimenti diretti a salvaguardare l'interesse del minore e quello prevalente della famiglia legittima; i procedimenti relativi alla procreazione medicalmente assistita; l'amministrazione di sostegno; i consultori familiari; la riservatezza dei dati personali e familiari garantita dalle autorità amministrative indipendenti e così via.

Va da sé che ciascuno di questi istituti potrebbe essere studiato in chiave pubblico-privato, a nulla rilevando che la giurisdizione è quasi interamente affidata al giudice ordinario, ben potendo il legislatore scegliere quest'ultimo quale "esclusivo" conoscitore di una data materia, senza che ciò comporti condizionamenti sul piano della sua ricostruzione sostanziale. Peraltro anche il giudice amministrativo si occupa della famiglia, basti pensare -per fermarsi ad alcuni casi che propone la composizione multi-etnica della comunità statale attuale- alla rilevanza sulla legittimità del provvedimento di espulsione di uno straniero che faccia parte di una famiglia già radicata nel territorio nazionale o al problema del minore illegalmente immigrato, che, maturando la maggiore età in Italia, sia suscettibile di espulsione.

4. La ragione del sospetto di parzialità nell'analisi del fenomeno risiede nella scarsa spiegazione della civilistica, che pure è arrivata a parlare del diritto di famiglia come di un 'diritto sociale' o comunque ai confini tra privato e pubblico (Gierke, Pugliatti), del significato e delle conseguenze derivanti dal fatto che la legge statale è diventata l'esclusivo fornitore degli strumenti tecnici tesi a garantire la <<realtà sociale della famiglia>>, rafforzando i rapporti familiari secondo modelli normativi che concorrono anch'essi a formare la realtà della famiglia (Bianca). Questo, in uno Stato a diritto amministrativo, come il nostro, comporta necessariamente la creazione di un'amministrazione pubblica civile e lo svolgimento di attività amministrativa.



Già il Romagnosi, in quello che può essere definito il primo manuale di diritto amministrativo (*I principi di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, 1814), avvertiva la necessità per lo Stato di garantire i rapporti civili e di famiglia, ponendo l'interrogativo di come fosse possibile che la legislazione civile poteva essere oggetto di pubblica amministrazione, ossia di come il 'governo sottentra colla propria autorità tutoria e di soccorso in tutti quegli oggetti, ed in tutti i casi i quali, sebbene siano di privato interesse, ciò nonostante non possono da un privato o per diritto di uguaglianza, o per fatto di potenza essere stabiliti e protetti'.

Ma soprattutto poneva l'interrogativo di come lo Stato, una volta posta la legge fondamentale regolatrice dei rapporti civili e di famiglia, potesse non ritenere sufficiente la presenza del giudice dell'ordinamento generale al solo fine di dirimere i conflitti, avvertendo anche la necessità di un intervento diretto attraverso lo strumento attuativo della legge, ossia la pubblica amministrazione e gli strumenti del diritto amministrativo.

Non è un caso che larga parte della materia familiare venga attratta nella volontaria giurisdizione, ossia amministrata da procedimenti sostanzialmente amministrativi governati però dal giudice e non dal funzionario dello Stato. Così come è innegabile che, allorché il giudice debba perseguire l'interesse preminente della famiglia o del minore (ad es. nei procedimenti relativi alla fissazione della dimora o a quelli relativi all'affidamento e all'educazione del minore stesso), la tecnica sia la stessa che si adopera nel governo della discrezionalità di un qualunque procedimento amministrativo, ossia la valutazione comparativa dell'interesse primario, individuato dalla legge, in ragione degli interessi secondari, acquisiti allo specifico procedimento, e che, a seconda se quest'ultimi siano recessivi o prevalenti, danno luogo al provvedimento positivo o negativo.

5. Gli amministrativisti hanno incontrato la famiglia, quale ente esponenziale di un ordinamento “trovato e non creato” a proposito della teoria dell'organizzazione della plurisoggettività dell'ordinamento generale, e in particolare dei procedimenti concessori, la cui sostanza è data dal fatto di avere ad oggetto interessi relativi a beni della vita riservati ai pubblici poteri e non attribuibili attraverso l'esercizio dell'autonomia privata.

Infatti, nell'ambito di tali procedimenti rientra anche l'organizzazione della plurisoggettività generale, ossia “il complesso delle potestà con le quali ogni organizzazione di un ordinamento, statale e non statale, provvede alla disciplina formale del gruppo che compone la propria plurisoggettività” (Giannini).

Oggi è inimmaginabile un ordinamento statale che non abbia tale potestà. Essa, definitivamente sottratta ad altre organizzazioni come i comuni le province le parrocchie le corporazioni o altri enti professionali - che sul piano consuetudinario l'avevano esercitata in passato -, si sostanzia “nell'attribuzione del carattere di figura soggettiva o di particolari *status* secondo le norme dell'ordinamento” e, quando la



funzione organizzatoria non è automatizzata, viene appunto adoperato lo strumento concessorio (Giannini).

I procedimenti concessori più studiati, tra quelli relativi a questa materia, sono i procedimenti concernenti lo *status civitatis*, il riconoscimento della personalità giuridica, il diritto al nome e alcuni procedimenti concernenti appunto il diritto di famiglia, ossia i vari procedimenti relativi allo stato di figlio (in particolare la legittimazione e il riconoscimento del figlio naturale) e i cambiamenti di nomi di persone (il procedimento relativo a quest'ultimo è stato, con un recente decreto, attribuito esclusivamente al prefetto del luogo in cui la persona è nata).

6. Come si intuisce da quanto testé riferito, nemmeno il diritto amministrativo considera la famiglia come un ente a sé stante, ossia come un centro di imputazione di rapporti che agisce con atti unilaterali, incidendo su situazioni soggettive impugnabili, al pari di quanto avviene con tutti i c.d. poteri privati. Esso si preoccupa di intervenire solo a proposito di taluni dei rapporti dei suoi componenti, ivi compresi quelli relativi alla stabilità del vincolo coniugale.

Lo Stato (meglio: l'ordinamento generale) quindi non fa assurgere la famiglia a figura soggettiva, né gli fa assumere una delle due posizioni giuridiche fondamentali proprie di ogni persona giuridica, ossia l'autonomia e la potestà (privata o pubblica); e men che meno gli assegna una qualche forma di soggettività o di personalità, almeno se si esclude l'impresa familiare.

Su questo punto vi è assoluta uniformità di veduta da parte degli studiosi delle due grandi discipline.

Le divergenze iniziano a proposito dell'individuazione dell'interesse della famiglia in quanto tale, laddove per la dottrina civilistica, oramai maggioritaria, non vi sono interessi familiari collettivi, e quelli realizzati nella famiglia sono tipici interessi individuali che rispondono a fondamentali esigenze della persona e le posizioni derivanti dagli *status* diventano a loro volta oggetto di diritti assoluti della persona, come già ricordato (Bianca). Peraltro anche quelle dottrine che andavano alla ricerca di un interesse collettivo superiore, e che sul piano della struttura vedevano riprodotta nella famiglia quella dello Stato autoritario dell'epoca (Cicu), concentravano l'attenzione sull'interesse del singolo gruppo familiare, ignorando completamente "l'interesse pubblico" ad intervenire nella totalità (in modi e con tecniche diverse) dei rapporti civili e familiari, che è una prerogativa esclusiva dello Stato, come dimostra anche l'art 117, comma 2, lett. l) della Costituzione.

L'interesse pubblico, ossia le ragioni della collettività nazionale, che giustifica la cura dei rapporti civili e familiari da parte della mano pubblica, non si manifesta solamente nella creazione di strutture amministrative (ad es. i registri dello stato civile) e nell'uso del provvedimento amministrativo, ma anche, come accennavo all'inizio, in forme più sottili, quali l'uso di istituti idonei a soddisfare esigenze di natura diversa.



Naturalmente non si escludono, anzi sono di preoccupante attualità, interventi “diretti” da parte dello Stato e della Comunità Europea a favore delle famiglie (c.d. povere), quando la solidarietà familiare non è sufficiente a garantire i bisogni fondamentali della persona (la sicurezza sociale). La sicurezza sociale viene realizzata non solo attraverso sussidi in danaro o utilizzazioni gratuite di servizi, ma anche attraverso il finanziamento da parte dei Comuni di cooperative che forniscono assistenza a persone malate o comunque disagiate, individuate con il meccanismo dell’evidenza pubblica.

In conclusione, si può dire che la realtà giuridico-sociale della famiglia esiste - e il giurista deve pur darne una spiegazione appagante- anche se (e proprio perché) non si piega alle formule note che dominano le classificazioni della soggettività (pubblica e privata) e anche se (e proprio perché) i negozi familiari non sembrano trovare esclusivamente nella causa associativa la propria giustificazione a generare un impegno giuridicamente vincolante.

Sicché, per dirla in maniera più distesa, il diritto di famiglia è quella parte del diritto privato dove più si avverte la necessità di un bilanciamento dell’interesse individuale della persona con quello della collettività e dove gli strumenti delle due discipline vanno utilizzati insieme per governare una materia così complessa. Basta pensare, oltre ai già ricordati aiuti alle famiglie povere, ai grandi temi, di incandescente attualità, della tutela dell’embrione e, più in generale, allo sconvolgimento che ha portato, nella famiglia e nella società, la scissione tra sessualità e concepimento, e in taluni casi l’assenza di un qualunque rapporto biologico tra il soggetto che si avvale della fecondazione e il bambino che nasce da quella fecondazione. E ancora: tutti i temi della bioetica, l’iniziativa di talune amministrazioni a istituire pubblici registri riguardanti le coppie di fatto, anche se appartenenti allo stesso sesso; l’adozione e la crisi delle nascite (i meno giovani ricordano la tassa sul celibato e le sovvenzioni per i nuovi nati); l’assistenza delle istituzioni pubbliche a famiglie disagiate, composte sempre più da persone anziane.

Ma, tutto questo è materia di un’altra storia.